

Verkündet
13. November 1952
t, Justizobersekretär
Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2460 052

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit
des Filmvorführers Ludwig M [REDACTED] in W [REDACTED],
z.Zt. in Russland vermisst, gesetzlich vertreten durch
seinen Pfleger, den Angestellten Heinrich B [REDACTED] in
W [REDACTED], K [REDACTED] strasse [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Witwe Anna M [REDACTED] geb. G [REDACTED] in W [REDACTED],
A [REDACTED] strasse [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -
hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 6. November 1952 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Lersch, Ascher, Dr. Kregel,
Dr. v. Werner und Scheffler

für Recht erkannt:

Das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Hamm vom 16. Mai 1952 wird aufgehoben.

Die Klägerin wird verurteilt, an den Beklagten
417,93 DM nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 26. April 1949
zu zahlen.

Im übrigen wird die Sache zur erneuten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den
7. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Sammlung

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Witwe und der Beklagte ist ein Sohn des am 26. November 1917 im Felde gefallenen Wilhelm M. in W. Er ist ausser von den Genannten noch von weiteren vier Kindern in gesetzlicher Erbfolge beerbt worden, nämlich Wilhelm M., geboren 1907, Paula P. geb. M., geboren 1909, Rosa B. geb. M., geboren 1911 und Karl-Heinz M., geboren 1917.

Die Klägerin und ihr verstorbener Ehemann waren Mit-eigentümer zu je 1/2 des Grundstücks A. strasse in W. Auf diesem Grundstück wird ein Lichtspieltheater betrieben. Als Inhaber desselben war seit 1911 Wilhelm M. gemeldet, später hat es die Klägerin auf ihren Namen angemeldet. Ob dies vor oder nach dem Tode des Ehemanns geschehen ist, ist unter den Parteien streitig. Nach einer von dem Stadtdirektor in W. ausgestellten Bescheinigung ist die Ummeldung am 15. Mai 1917 erfolgt. Am 30. Juni 1931 erklärte die Klägerin der zuständigen Gemeindebehörde gegenüber, dass sie den Betrieb aufgabe, der Beklagte meldete dort am 29. Juni 1931 an, dass er am 1. Juli 1931 den Betrieb des Lichtspieltheaters beginne. Im Jahre 1940 wurde der Beklagte zur Wehrmacht eingezogen. Von August 1942 bis April 1943 war der Betrieb stillgelegt, nach vorübergehender Unterbrechung im Jahre 1945 wurde das Theater auf Grund einer von der Militärregierung für den Beklagten ausgestellten Erlaubnis (permit) weitergeführt. In dem Betrieb waren ausser den Parteien auch die Kinder der Klägerin, Wilhelm M., Paula P. und Rosa B. zeitweilig beschäftigt. Seit ihrer Verheiratung im Jahre 1940 war auch die Ehefrau des Beklagten dort tätig. Die Parteien führten einen gemeinsamen Haushalt, in dem auch die Ehefrau des Beklagten bis zum Jahre 1946 lebte.

Die Tageseinnahmen aus dem Kinobetrieb wurden von der Klägerin in einem Geldschrank verwahrt, der sich in ihrer Wohnung befand. Am 3. Januar 1940 wurde bei der Stadtparkasse Witten ein Konto auf den Namen des Beklagten eröffnet, auf das die vorhandenen Barmittel eingezahlt und von dem Zahlungen geleistet wurden. Verfügungsberechtigt über dieses Konto waren ausser dem Beklagten auch die Klägerin und seit ihrer Verheiratung auch die Ehefrau des Beklagten. Von November 1945 ab zahlte diese die Tageseinnahmen nicht mehr an die Klägerin, sondern auf ein neues auf den Namen des Beklagten eröffnetes Konto ein, über das der Klägerin Verfügungsmacht nicht eingeräumt wurde. An die Klägerin zahlte die Ehefrau des Beklagten seitdem nur monatlich 350 RM bzw DM als Miete.

Im April 1936 und März 1937 übertrugen Wilhelm M. und Rosa B. ihre Miterbenanteile an dem Nachlass ihres Vaters an die Klägerin, die sie im Juli 1948 wieder auf sie zurückübertrug.

Die Klägerin behauptet, das Kino gehöre zum Nachlass ihres verstorbenen Ehemanns. Dieser habe den Betrieb im Jahre 1911 in einem kleinen Saal auf einem fremden Grundstück eröffnet und es nach dem Erwerb des Hausgrundstücks A. strasse dorthin verlegt. Nach dem Tode ihres Mannes habe sie es unter ihrem Namen weitergeführt, da die Kinder damals noch minderjährig gewesen seien. Wenn in der Gewerbekartei der Stadt Witten angegeben sei, daß sie schon seit dem 15. Mai 1917 den Betrieb auf ihren Namen angemeldet habe, so sei diese Angabe nicht richtig. Die Ummeldung auf ihren Namen sei erst nach dem Tode ihres Mannes, möglicherweise im Mai 1918, erfolgt. In dem Lichtspieltheater hätten zunächst alle Kinder mitgearbeitet.



Auch im Jahre 1931 sei das Unternehmen nicht auf den Beklagten übergegangen. Ihr, der Klägerin, sei die ihr als Kriegerwitwe zustehende Zusatzrente entzogen worden. Da infolge der damals herrschenden Arbeitslosigkeit die Einnahmen aus dem Betrieb des Lichtspieltheaters sehr zurückgegangen seien, sei sie auf den Weiterbezug der Rente dringend angewiesen gewesen. Um dies zu erreichen, habe sie den Betrieb formell auf den Beklagten übertragen, die Streitteile seien sich jedoch darüber einig gewesen, dass die Rechtsverhältnisse an dem Lichtspielunternehmen dadurch unberührt bleiben sollten. Über das Unternehmen habe sie auch nicht ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung verfügen können, da die beiden jüngsten Kinder noch minderjährig gewesen seien. Sie und andere Familienmitglieder seien nach wie vor in dem Kino tätig gewesen, sie habe die Geschäftsführung weiterhin gehabt und die Kasse geführt. Die Tageseinnahmen seien an sie abgeführt und in dem Geldschrank verwahrt worden, zu dem sie allein den Schlüssel gehabt habe. Sie habe über die Verwendung des Geldes disponiert. Sie habe auch Anschaffungen für das Kino gemacht, so sei eine neue Tonfilmapparat von ihr bestellt und bezahlt worden. Der Beklagte und die anderen im Betrieb tätigen Kinder hätten nach wie vor nur ein Taschengeld erhalten. Dies sei auch so geblieben, als der Beklagte heiratete und seine Ehefrau in den gemeinschaftlichen Haushalt aufgenommen wurde. Erst als es zwischen ihr und ihrer Schwiegertochter im Jahre 1945 zu Meinungsverschiedenheiten gekommen sei, habe diese die Einnahmen aus dem Kinobetrieb nicht mehr an sie abgeliefert, sondern auf ein neues Konto

eingezahlt, über das sie, die Klägerin, nicht mehr habe verfügen können. Vorher sei auch von dem Beklagten niemals Miete gezahlt worden. Wenn, wie der Beklagte geltend macht, während des Krieges ein Mietvertrag unterzeichnet und darin Mietzahlungen quittiert worden seien, so seien diese nur fingiert gewesen. Das im Jahre 1940 eingerichtete Konto sei noch vor der Verlobung des Beklagten und seiner Einziehung zur Wehrmacht errichtet worden. Während sie sich 1942/3 vorübergehend wegen der Bombenangriffe nach dem Eichsfeld begeben habe, habe ihre Schwiegertochter die Betriebseinnahmen nicht selbständig verwahrt, sondern an die Miterbin Paula B. abgegeben, die einen Schlüssel zu dem Geldschrank besessen habe.

Seit 1946 hätten die Betriebseinnahmen, die die Ehefrau des Beklagten auf das neue Konto eingezahlt und nicht abgeliefert habe, mindestens ca 1000 RM täglich betragen, der Nettoverdienst sei monatlich 2 - 3000 RM gewesen.

Mit der Klage hat die Klägerin zunächst die Zahlung eines Teilbetrages der Reineinnahmen in Höhe von 3.500 RM an die Erbgemeinschaft des Nachlasses des Wilhelm M. verlangt.

Der Beklagte hat um Klagabweisung gebeten. Er hat vorgebracht, das Lichtspieltheater habe nicht zum Nachlass seines Vaters Wilhelm M. gehört. Es sei bereits vor seinem Tode im Mai 1917 auf die Klägerin übergegangen. Diese habe daher auch allein ohne Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts über das Unternehmen verfügen können. Ein Irrtum in den Angaben der Gewerbekartei liege nicht vor. Im Jahre 1931 habe aber überhaupt eine Übertragung des Gewerbebetriebs auf ihn nicht stattgefunden. Die Klägerin

habe vielmehr ihr Gewerbe aufgegeben, er habe ein neues unter eigener Bezeichnung begonnen. Entsprechendes habe die Klägerin auch in eidesstattlichen Versicherungen erklärt, die sie dem Versorgungsamt gegenüber abgegeben habe, um wieder in den Besitz der Zusatzrente zu kommen. Die übrigen Geschwister seien damit einverstanden gewesen, dass er das Lichtspieltheater erhalte. Er habe schon mit 14 Jahren die Vorführerprüfung abgelegt. Der Betrieb sei nach 1931 von ihm selbständig und auf eigene Rechnung geführt worden. Die Klägerin habe nur noch Miete erhalten, zuletzt 350 RM monatlich. Die Kinoeinrichtung sei von ihm aus eigenen Mitteln erneuert worden, das Personal einschliesslich seiner im Geschäft tätigen Geschwister sei von ihm angestellt und entlohnt worden. Die Kosten des gemeinsamen Haushalts seien aus der von ihm bezahlten Miete und aus sonstigen von ihm zur Verfügung gestellten Beträgen bestritten worden.

Gegen die Klageforderung rechne er vorsorglich mit dem ihm als Betriebsführer zustehenden Gehalt, das sich auf mindestens monatlich 500 RM belaufen habe, auf. Ausserdem mache er ein Zurückbehaltungsrecht geltend wegen seines ihm zugunsten der Erbengemeinschaft zustehenden Anspruchs auf Rechnungslegung und Auszahlung des der Erbengemeinschaft gegen die Klägerin zustehenden Guthabens.

Durch Urteil des Landgerichts in Bochum vom 28. Januar 1948 ist der Beklagte zur Zahlung von 3.500 RM nebst 4 % Zinsen seit Klagezustellung an die Erbengemeinschaft verurteilt worden. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin nunmehr beantragt,

1. die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Beklagte zur Zahlung von 350 DM an die Wilhelm M[REDACTED]sche Erbgemeinschaft, bestehend aus den schon Genannten und dazu Wilhelm M[REDACTED] verurteilt wird,
2. festzustellen, dass der Beklagte das von ihm betriebene Lichtspieltheater nur als Beauftragter der zu 1) genannten Erbgemeinschaft besitzt und führt,
3. hilfsweise festzustellen, dass der Beklagte das von ihm betriebene Lichtspieltheater nur als Beauftragter der Klägerin besitzt und führt.

Durch Urteil vom 14. Dezember 1948 hat das Berufungsgericht nach den von der Klägerin in der Berufungsinstanz gestellten Anträgen erkannt. Auf die Revision des Beklagten ist dieses Urteil durch Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22. Januar 1951 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Die Klägerin hat in diesem Verfahren ihren früher gestellten Antrag aufrechterhalten und noch hilfsweise beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an die Erbgemeinschaft den ihm gegen seine Ehefrau zustehenden Ersatzanspruch auf Zahlung von 350 DM abzutreten. Der Beklagte hat nunmehr seinseits auf Grund des § 717 Abs 3 ZPO beantragt,

die Klägerin zur Zahlung von 417,93 DM nebst 4 % Zinsen seit 26. April 1949 zu verurteilen.

Die Klägerin habe diesen Betrag im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem aufgehobenen Urteil des Berufungsgerichts vom 14.12.1948 erhalten. Das Berufungsgericht hat durch Urteil vom 16. Mai 1952 nach den Hauptanträgen der Klägerin erkannt und den Antrag des Beklagten aus § 717 ZPO zurückgewiesen.

Mit der gegen dieses Urteil eingelegten Revision beantragt der Beklagte,
unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage in vollem Umfange abzuweisen und gemäss dem in zweiter Instanz gestellten Antrag des Beklagten (Tatbestand S 5) zu erkennen,
hilfsweise,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils wie des ihm zu Grunde liegenden Verfahrens den Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Der Streit der Parteien geht darum, ob das Lichtspielunternehmen, das seit dem Jahre 1931 unter dem Namen des Beklagten betrieben worden ist, zu dem Nachlass des im Jahre 1917 gefallenen Vaters Wilhelm M. gehört, oder ob das seit 1931 betriebene Lichtspieltheater als ein neuer, selbständiger Gewerbebetrieb zu behandeln ist, der mit dem früher in den gleichen Räumen unter derselben Bezeichnung (Zentral-Theater A.) geführten nicht identisch ist. Das Berufungsgericht hat diese Fragen im Sinne der Klage entschieden. Hiergegen richten sich die Angriffe der Revision.

1. Das Berufungsgericht erörtert zunächst die Frage, ob das Theater zum Nachlass des Wilhelm M. gehört hat. Der Beklagte hat sich zur Begründung seiner Ansicht, dass dies nicht der Fall sei und dass das Unternehmen schon vor dem Tode des Wilhelm M. auf die Klägerin übergegangen sei, vor allem auf die Eintragungen in der Gewerbekartei der Stadt W. und die auf Grund dieser

Eintragung ausgestellten Bescheinigungen des Oberstadtdirektors (Bl 55 bis 57, 91 GA) berufen, die besagen, dass die Klägerin am 15. Mai 1917 den selbständigen Betrieb eines Lichtspieltheaters angemeldet habe. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die über den Betrieb ausgestellte Karte in der Gewerbekartei nicht auf der von der Klägerin abgegebenen Erklärung beruht, sondern eine Übertragung aus dem Gewerbebuch der später in die Stadt W. eingemeindeten Gemeinde Annen ist. Bei der Eingemeindung sei die Kartei angelegt worden, es sei leicht möglich, dass das Datum (1917 anstatt 1918) dabei verschrieben worden sei. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass weder der Karte in der Kartei noch den Bescheinigungen des Oberstadtdirektors die Beweiskraft zukommt, die öffentliche Urkunden nach § 418 Abs 1 und 2 ZPO sonst besitzen. Es greift hier § 418 Abs 3 Platz, dass die Vorschrift des ersten Absatzes nicht anzuwenden ist, wenn das Zeugnis nicht auf der eigenen Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperson beruht, es sei denn, wenn sich aus Landesgesetzen ergibt, dass die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist. Solche landesgesetzliche Vorschriften bestehen für die hier in Frage kommenden Urkunden nicht. Da die Karteikarte auch nicht den Charakter einer beglaubigten Abschrift der ursprünglichen Eintragung im Gewerbebuch der Gemeinde A. hat, war der Berufsrichter in der Würdigung der Beweiskraft des Eintrags in der Karte völlig frei. Er hat dabei nicht gegen § 565 Abs 2 ZPO oder gegen Beweisregeln des sog. prima facie Beweises verstossen. Denn die Ausführungen des ersten Revisionsurteils, die sich nur auf die Bescheinigungen des Oberstadtdirektors beziehen, konnten die Grundlage der ausgestellten Bescheinigungen nicht berück-

sichtigen, da darüber erst auf Grund der erneuten Verhandlung von dem Berufungsgericht Feststellungen getroffen worden sind. Hierdurch sind die Ausführungen in dem ersten Urteil des Senats überholt und gegenstandslos geworden, so daß schon aus diesem Grunde eine Bindung des Berufungsgerichts zu verneinen ist.

Auch sonst lassen die Ausführungen des Berufungsurteils zu dieser Frage einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Dass es unerheblich ist, ob der Unternehmer auch Eigentümer der dem Betrieb gewidmeten beweglichen Sachen und Grundstücke ist, ist bereits in dem früheren Revisionsurteil ausgeführt. Dass Wilhelm M. das Unternehmen in eigenem Namen im Jahre 1911 eröffnet hat, ist unbestritten. Ein sehr wesentlicher neuer Umstand, der im Sinne der von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen in Betracht kommt, ist der, dass Wilhelm M. zunächst das Kino in einem fremden, von ihm nur gemieteten Saal betrieben hat. Wenn er sein Unternehmen später auf das inzwischen von ihm und der Klägerin erworbene Grundstück verlegt hat, so wird dadurch die Zugehörigkeit des Kinos zu seinem Vermögen nicht berührt. Sonstige Tatsachen, die gegen das Ergebnis sprächen, zu dem der Berufungsrichter gelangt ist, sind von den Parteien nicht vorgetragen. Es ist auch kein Bedenken dagegen zu erheben, wenn das Berufungsgericht seine Darlegungen auf die Bekundung der Klägerin stützt, die nach § 448 ZPO auch hierüber vernommen worden ist. Gesetzliche Gründe, die die Vernehmung unzulässig machen oder die Verwertung ihrer Aussage ausschliessen, sind auch von der Revision nicht vorgetragen. Eine Verletzung des § 286 ZPO liegt insoweit nicht vor.

2. Dass das gewerbliche Unternehmen eines Erblassers Gegenstand des Erwerbes von Todes wegen und das von dem Erben fortgeführte Unternehmen mit dem des Erblassers identisch sein kann, ist von dem Senat in seinem ersten Erkenntnis eingehend erörtert. Auf die Ausführungen des ersten Urteils wird Bezug genommen. Wenn, wie feststeht, die Klägerin das Lichtspieltheater von 1918 bis 1931 in eigenem Namen betrieben hat, so ist daraus weder etwas dafür zu entnehmen, dass es ihr schon vor dem Tode ihres Ehemanns gehört hat, noch dafür, dass dadurch das zu seinem Nachlass gehörende Unternehmen zu bestehen aufgehört hat und von der Klägerin ein neuer Gewerbebetrieb begründet worden ist. Es ist von keiner Partei etwas dafür vorgebracht worden, dass die Klägerin den Betrieb durch seine Weiterführung im eigenen Namen auf eine neue Rechtsgrundlage habe stellen wollen. Als Wilhelm M. 1917 fiel, waren die Kinder sämtlich minderjährig, der älteste Sohn war 10 Jahre alt. Ihr stand nunmehr auch die Nutzung am Kindesvermögen zu und zwar auch an dem Erwerbsgeschäft, soweit an ihm die Kinder als Erben ihres Vaters beteiligt waren (§§ 1649, 1655, 1684 BGB). Es ist zwar anerkanntes Recht, dass der Inhaber der elterlichen Gewalt nicht berechtigt ist, ein zu dem Vermögen des Kindes gehöriges Erwerbsgeschäft im eigenen Namen zu betreiben, es sei denn, dass das Geschäft ihm von dem Kinde unter Mitwirkung eines Pflegers zum Betrieb in eigenem Namen überlassen wird (Staudinger BGB 9. Aufl § 1655 Anm 5a; RGRK zum HGB Vorbem 39 zum I. Abschn; Gessler-Hefermehl HGB § 22 Anm 9; Dühringer-Hachenburg HGB 3. Aufl Bd I Allgem Einl Bem 102 d). Verstösst der Inhaber der elterlichen Gewalt gegen diese Verpflichtung, so wird aber dadurch an der wirklichen Rechtslage nichts geändert. Das Erwerbsgeschäft verbleibt dem Kinde, der Ge-

walthaber ist nur verpflichtet, sein Verhalten entsprechend der gesetzlichen Vorschrift einzurichten. Ebenso wenig wird die wahre Rechtslage dadurch beeinträchtigt, dass die Klägerin irrtümlich der Meinung war, das Geschäft gehöre ihr. Über die Zugehörigkeit des Unternehmens zu einem bestimmten Vermögen entscheidet ausschliesslich die wahre Rechtslage, nicht aber irrige Vorstellungen der Beteiligten. Es ist daher rechtlich bedenkenfrei, wenn das Berufungsgericht bei seinen Erwägungen davon ausgeht, dass die Klägerin nicht ein eigenes Unternehmen, sondern das ihr zusammen mit den Kindern gehörende betrieben hat.

3. Geht man von dieser Rechtslage aus, so ergibt sich daraus, dass eine rechtswirksame Übertragung des Lichtspielunternehmens auf den Beklagten mit der Maßgabe im Jahre 1931 nicht erfolgt sein kann, dass die Klägerin und ihre übrigen Kinder aus dem Unternehmen völlig ausgeschieden. Wie in dem Urteil des Senats vom 22. Januar 1951 - IV ZR 172/50 - ausgeführt wird, konnte die Klägerin unentgeltlich überhaupt nicht, entgeltlich nur mit Zustimmung des Vormundschaftsrichters und der volljährigen Erben verfügen. Aus dem Vortrag der Parteien ergibt sich nichts dafür, dass von dem Beklagten irgendein Entgelt für die Überlassung des Unternehmens ausbedungen oder von ihm gezahlt worden ist oder dass er es übernommen habe, die Klägerin und ihre anderen Kinder etwa von bestehenden Verbindlichkeiten freizustellen. Dass der Geschäftswert des Unternehmens damals sehr gering war, weil die Arbeitslosigkeit der Bevölkerung den Betrieb erheblich beeinträchtigte, ändert daran nichts, dass der Beklagte nach der von ihm gegebenen Darstellung das Geschäft unentgeltlich erhalten hat. Aber auch wenn man

unterstellt, dass das Geschäft entgeltlich auf ihn übertragen worden wäre, ist es zu einer wirksamen Übertragung nicht gekommen. Das Vormundschaftsgericht hat die nach §§ 1643, 1822 Ziff 3 BGB erforderliche Genehmigung nicht erteilt. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die bereits volljährigen Geschwister zugestimmt und die damals noch minderjährigen Rosa und Karl-Heinz Meyer nach Erreichung der Volljährigkeit der Übertragung zugestimmt hätten. Es kann die Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung allerdings auch stillschweigend erfolgen, wenn die Beteiligten durch ihr Verhalten erkennen lassen, dass sie mit dem ihrer Zustimmung bedürftigen Geschäft einverstanden sind und es dabei belassen wollen. Voraussetzung für eine solche Zustimmung ist aber, dass sich der Zustimmungsberechtigte dessen bewusst ist, dass das Rechtsgeschäft seiner Genehmigung überhaupt bedarf. Gerade daran fehlt es aber im vorliegenden Fall. Wie das Berufungsgericht ausführt, hat damals niemand an die Erbengemeinschaft und ihre Anteile überhaupt gedacht. Es war demnach offenbar so, und daraus erklärt sich auch das gesamte Verhalten der Beteiligten, dass diese, insbesondere auch die Streitteile, der Ansicht waren, das Geschäft gehöre der Klägerin, die es seit dem Tode des Vaters in eigenem Namen betrieben hatte. Die bestehenden Rechtsbeziehungen rechtlich zu würdigen, lag wohl allen Beteiligten fern, solange man in "guter Harmonie" lebte. Es ist dadurch auch den beteiligten Kindern der Klägerin damals nicht zum Bewusstsein gekommen, dass es ihrer Zustimmung bedurfte, wenn die Klägerin über das Geschäft eine Vereinbarung traf. Die Rechtslage ist erst klargestellt worden, als die

Parteien wegen der entstandenen Streitigkeiten mit der Ehefrau des Beklagten Rechtsrat suchten und erhielten. Von einer Zustimmung oder Genehmigung der von der Klägerin abgeschlossenen Geschäfte kann daher nicht gesprochen werden.

In dem ersten Revisionsurteil ist nun allerdings darauf hingewiesen worden, dass sich der Inhaberwechsel im Jahre 1931 möglicherweise so vollzogen hat, dass die Klägerin das von ihr bisher betriebene Geschäft aufgegeben und der Beklagte ein neues Lichtspieltheater eröffnet hat. Wie aber in diesem Erkenntnis an anderer Stelle ausgesprochen worden ist, kann eine solche Würdigung des Inhaberwechsels nur dann in Frage kommen, wenn das Unternehmen als solches einen Verkehrswert nicht besitzt, aus wirtschaftlichen Gründen geschlossen werden muss und der Nachfolger für das übernommene Inventar und die Räume, in denen er seinen Betrieb beginnt, dem Vorgänger ein Entgelt entrichtet. In diesem Zusammenhang ist darauf hingewiesen worden, daß gerade bei Lichtspielunternehmen in der Wirtschaftskrise anfangs der dreissiger Jahre solche Verhältnisse vorgelegen haben mögen.

Hierzu nimmt das Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteil nunmehr dahin Stellung, die Eintragungen in der Gewerbekartei gäben und könnten auch kein Indiz dafür sein, dass der Beklagte im Jahre 1931 ein neues, von dem bisherigen verschiedenes Unternehmen begonnen habe. Der Kinobetrieb sei unstreitig weitergelaufen, die Geschäfte hätten keine ersichtliche Unterbrechung erfahren. Forderungen und Schulden seien "in ihrem persönlichen Be-

stande" nicht verändert worden. Nach der natürlichen Auffassung liege deshalb auch eine Betriebs- oder Unternehmensübernahme vor, wie sie das Unternehmens- und Arbeitsrecht schon lange entwickelt habe. Tatsächliche Umstände, die auf ein Gegenteil schliessen liessen, seien in keiner Weise dargetan.

Gegen das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht kommt, ist rechtlich nichts zu erinnern. Unbestritten ist, dass die Klägerin damals schwer zu kämpfen hatte; deshalb war sie ja auch darauf bedacht, sich die Zusatzrente als Kriegerswitwe zu verschaffen. Nichts ergibt sich aber aus dem Vorbringen der Streitteile, dass der Betrieb überschuldet gewesen sei und deshalb habe geschlossen werden müssen. Das Berufungsurteil spricht zwar von Forderungen und Schulden, die in ihrem persönlichen Bestande unverändert geblieben seien. Keine der Parteien hat etwas dafür vorgetragen, so dass aus dieser Erwägung des Berufungsurteils nichts entnommen werden kann. Fest steht aber weiter, dass das Unternehmen in der bisherigen Weise fortgeführt worden ist. Wenn der Beklagte sich dabei, wie das Berufungsgericht annimmt, auf Grund der mit der Klägerin getroffenen Abrede, noch auf Eintrittskarten und sonstigen für die Aussenwelt bestimmten Dokumenten als Inhaber bezeichnet hat, so kann diesem Umstand allein eine ausschlaggebende Bedeutung in diesem Zusammenhang nicht beigemessen werden, weil es sich ja um ein Nichthandelsgewerbe handelte und der Beklagte, wenn er als Inhaber auftrat, seinen Namen notwendig kenntlich machen musste. Zur Führung einer von seinem Namen verschiedenen Firma war er nicht berechtigt.

Die Revision rügt, dass das Berufungsgericht eine Reihe von Beweisen nicht erhoben habe, die der Beklagte dafür erboten hatte, dass er nicht nur formell, wie es die Klägerin will, sondern auch tatsächlich Inhaber des Lichtspieltheaters im Jahre 1931 geworden sei. Dadurch habe das Berufungsgericht gegen § 286 ZPO verstossen. Diesem Angriff der Revision kann nicht gefolgt werden. Die von dem Beklagten behaupteten und unter Beweis verstellten Tatsachen sind nicht unmittelbar erheblich, sondern nur Indizien, aus denen der Beklagte herleiten will, dass er im Jahre 1931 der wirkliche Betriebsinhaber geworden sei, und dass eine Vereinbarung, wie sie die Klägerin behauptet hat, nicht getroffen sein kann. Das Berufungsgericht hat diese Beweisangebote keineswegs übergangen. Denn auf Seite 11 des angefochtenen Urteils wird ausgeführt, dass die Parteien versuchten, durch eine Reihe von Indizien das sich prima facie ergebende Verhältnis anzugreifen bzw. zu stützen. Das Berufungsgericht meint aber, die Argumente des Beklagten könnten es nicht zu Fall bringen. Eine Verletzung des § 286 ZPO ist dabei nicht ersichtlich. Sein Vorbringen zeigt nur, dass er nach aussen als Inhaber des Kinos aufgetreten ist und sich als solcher ausgegeben hat, dass ferner auch die Klägerin sowie die anderen Familienangehörigen sich so verhalten haben, als sei der Beklagte der Inhaber des Betriebes. Davon geht aber auch das Berufungsgericht aus, das hierzu ausführt, die Beteiligten hätten die Vereinbarung, dass der Beklagte nach aussen hin als Inhaber des Lichtspieltheaters gelten solle, konsequent durchgeführt, damit nicht "das angewandte Gebaren eines Tages herauskommen und zu Nachteilen führen solle." (Seite 12

des Urteils). Die Beweise sind aber auch unerheblich, wenn man von der hier vertretenen Rechtsauffassung ausgeht. Soweit der Beklagte geltend machen will, dass das Geschäft gültig auf ihn übertragen worden sei, kann es auf diese Indizien nicht ankommen, da ein solcher Vertrag nach dem oben Ausgeführten rechtswirksam im Jahre 1931 oder später nicht abgeschlossen sein kann. Soweit er sich aber darauf stützt, dass er ein neues Geschäft angefangen habe, das von dem früher im Namen der Klägerin betriebenen rechtlich verschieden sei, und eine vertragliche Übernahme des Geschäfts nicht in Frage komme, kann er ebenfalls damit nicht gehört werden. Denn aus der Mehrzahl der unter Beweis gestellten Behauptungen lässt sich nicht auf eine solche Tatsache schliessen, die für den rechtlichen Sachverhalt zu diesem Punkt massgebend ist. In Frage kommen könnte nur, dass der Beklagte behauptet, er habe der Klägerin für die Überlassung der Räume eine Miete von zuletzt 350 RM monatlich bezahlt. Hierzu stellt das Berufungsgericht für diese Instanz unangreifbar fest, dass dieser Mietvertrag nur zum Schein abgeschlossen worden sei. Die Revision meint zwar, dass durch die vorgelegten Urkunden, den Mietvertrag und die von der Klägerin unterzeichneten Quittungen der Beweis der Zahlung erbracht sei (§ 416 ZPO) und dass die Klägerin keinen Gegenbeweis erbracht habe. Die Urkunden beweisen aber nach § 416 ZPO nur, dass die Beklagte die darin enthaltenen Erklärungen abgegeben hat (vgl. zur sogenannten äusseren Beweiskraft Baumbach-Lauterbach ZPO Übersicht vor § 415 Bem 3 A). Darüber, ob die Erklärung falsch oder richtig ist, verhält sich § 416 aaO überhaupt nicht. Dies gehört zur inneren Beweiskraft der Urkunde (Baumbach-Lauterbach

aa0) und unterliegt freier richterlicher Würdigung. Das Berufungsgericht war daher nicht gehindert, trotz der Vorlage der Quittungen der Klägerin auf Grund anderer Umstände anzunehmen, dass die darin bezeugten Zahlungen nicht erfolgt seien, und daraus weiter zu entnehmen, dass der Mietvertrag nur zum Schein abgeschlossen sei.

4. Ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, dass das seit 1931 auf den Namen des Beklagten geführte Lichtspieltheater den Erben des Wilhelm M. gehört, so ist hierdurch noch nicht über die von der Klägerin erhobenen Feststellungsanträge entschieden. Diese gehen nicht dahin, festzustellen, dass das Theater zum Nachlass gehört - zweifellos der Hauptstreitpunkt dieses Rechtsstreites -, vielmehr wird die Feststellung begehrt, dass der Kläger das Theater nur als Beauftragter der Erbengemeinschaft oder, wie der Hilfsantrag zeigt, als solcher der Klägerin besitzt und führt. Streitgegenstand, über den durch Urteil nach dem Willen der Klägerin entschieden werden soll, ist ein von der Klägerin behauptetes Auftragsverhältnis zwischen dem Beklagten einerseits und der Erbengemeinschaft oder der Klägerin andererseits. Die von dem Gericht so beehrte Entscheidung ist nicht ohne Bedeutung, denn von der Art der Rechtsbeziehungen hängen die gegenseitigen Ansprüche und Verbindlichkeiten ab, die sich daraus ergeben, dass bislang ein dem Beklagten nicht gehörendes Unternehmen unter seinem Namen geführt worden ist. An diesen Klagantrag, der den Gegenstand der zu treffenden Entscheidung bestimmt, ist das Berufungsgericht gebunden, unbeschadet der noch zu erörternden Möglichkeit, den Antrag auszulegen.

Mit Recht hat daher das Berufungsgericht hier geprüft, ob ein Auftragsverhältnis besteht. Es hat dies bejaht, und zwar im Verhältnis zwischen der Erbengemeinschaft und dem Beklagten. Es führt hierzu aus, dass die Beteiligten sich keine Gedanken über die rechtliche Konstruktion ihrer Beziehungen gemacht haben, und dass dies Sache des Gerichts sei. Dem wirtschaftlichen Willen der Beteiligten entspreche es am besten, ein treuhänderisches Auftragsverhältnis zwischen ihnen anzunehmen. Die Klägerin habe namens der Erbengemeinschaft und mit stillschweigender Genehmigung der grossjährigen Kinder dem Beklagten den Auftrag erteilt, das Lichtspieltheater nach aussen im eigenen Namen zu führen, im Innenverhältnis dagegen der Klägerin die "Führerschaft" zu belassen, wobei die Klägerin weiterhin als Vertreterin der Erbengemeinschaft verwaltungsmässig tätig bleiben solle.

Dem Berufungsgericht ist bezüglich des Ausgangspunktes seiner Erwägungen sicherlich zuzustimmen. Es ist Sache der Gerichte, die Beziehungen der Parteien rechtlich zu werten und einzuordnen, wenn sich die Beteiligten, wie im vorliegenden Fall, keine Gedanken über den rechtlichen Charakter ihrer Beziehungen gemacht haben und dabei auch anscheinend von irrigen Voraussetzungen ausgegangen sind. Das Berufungsgericht übersieht aber, dass der Wille der Parteien nicht ganz ausser acht gelassen werden darf, wenn es sich um die Begründung eines Rechtsverhältnisses durch Vertrag handelt, wie bei dem Auftrag (§ 662 ff BGB), der als Vertrag durch ausdrückliche oder stillschweigende übereinstimmende Willenserklärung begründet wird. Nun hat das Berufungsgericht aber, worauf schon oben hingewiesen wurde, festgestellt,

dass die Parteien überhaupt nicht an die Erbengemeinschaft und deren Anteile an dem Geschäft gedacht haben, sondern, wie daraus zu entnehmen ist, der Ansicht waren, die Klägerin sei alleinige Inhaberin des von ihr betriebenen Unternehmens. Dieser Umstand darf bei der rechtlichen Bewertung des festgestellten Sachverhalts nicht übergangen werden. Wenn die Parteien an die Erbengemeinschaft überhaupt nicht gedacht haben, sondern einen anderen Sachverhalt angenommen haben, dann kann ihr Wille niemals dahin gegangen sein, ein Auftragsverhältnis zwischen dem Beklagten und den zur Erbengemeinschaft gehörenden Personen zu begründen. Da schon aus diesen Gründen ein vertragliches Verhältnis zwischen der Erbengemeinschaft und dem Beklagten nicht begründet sein kann, kann nach dem Hauptfeststellungsantrag der Klage, wenn man ihn ~~wörtlich~~ versteht, nicht erkannt werden, ohne dass es auf die weiteren Erwägungen des Berufungsurteils hierzu ankommt. Diese Erwägungen sind nur insoweit von Bedeutung als sie auch den von der Klägerin hilfsweise gestellten Feststellungsantrag betreffen, dass der Beklagte als ihr Beauftragter das Kino führe und besitze. Aber auch die Annahme eines solchen Auftragsverhältnisses begegnet auf Grund der vom Vorderrichter getroffenen tatsächlichen Feststellungen rechtlichen Bedenken.

Der Senat hatte in seinem ersten Urteil darauf hingewiesen, es sei die Möglichkeit zu beachten, dass ein ernstlich gemeintes Vertragsverhältnis überhaupt nicht in Betracht komme. Auf Grund der erneuten Verhandlung hat das Berufungsgericht festgestellt, nach Lage der Verhältnisse sei der Wille der Klägerin dahin gegangen, an den Rechtsverhältnissen grundsätzlich nichts zu ändern,

sondern nur eine Rechtslage möglichst ohne materielle Rechtsänderung insoweit zu schaffen, dass sie die Zusatzrente wieder erhalte. Dies habe aber durchaus ernstlich und nicht nur zum Schein und damit weitgehend unangreifbar sein sollen. Diese rechtliche Würdigung des Sachverhalts ist aber unzureichend und steht mit den weiter getroffenen tatsächlichen Feststellungen im Widerspruch. Sicherlich war der vom Berufungsgericht festgestellte Wille der Klägerin und des Beklagten, dass dieser nach aussen hin als Inhaber des Kinos mit allen sich daraus ergebenden Folgen auftreten solle, ernstlich. Daraus ergibt sich aber noch nicht, dass damit auch ein Auftragsverhältnis, das die Führung und den Besitz des Kinos zum Gegenstand hat, gewollt und begründet worden ist. Ob ein Auftragsverhältnis vorliegt, betrifft ausschliesslich die Beziehungen zwischen dem Beklagten und der Klägerin, also das Innenverhältnis, wie es das Berufungsgericht nennt. Hierzu wird aber im Berufungsurteil ausgeführt, der Auftrag sei dahin gegangen, das Lichtspieltheater nach aussen hin im eigenen Namen zu führen, im Innenverhältnis aber der Klägerin die "Führerschaft" zu belassen, wobei die Klägerin, wie der Vorderrichter meint, weiterhin als Vertreterin der Erbengemeinschaft verwaltungsmässig habe tätig sein sollen. Im Zusammenhang mit der weiteren Feststellung, dass nach dem Willen der Klägerin und, wie zu ergänzen ist, auch des Beklagten, an den Rechtsverhältnissen nichts habe geändert werden sollen, kann dies doch nur bedeuten, dass die Leitung des Kinos weiterhin in Händen der Klägerin bleiben sollte, dass also der Beklagte an ihre Weisungen

und ihre Dispositionen gebunden sei. Damit ist das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht bei seiner Würdigung kommt, rechtlich nicht haltbar. Denn wenn der Beklagte nur nach aussen hin als Inhaber auftreten sollte, ohne in der Geschäftsführung wenigstens eine gewisse Selbständigkeit auch gegenüber der Klägerin zu besitzen, dann kann ein Auftragsverhältnis, wie es das Berufungsgericht annimmt, nicht bestehen. Damit wäre nur zu vereinbaren, dass dem Beklagten nur bestimmte Aufträge mit beschränktem Inhalt sei es von Fall zu Fall oder auch für eine gewisse Dauer von der Klägerin erteilt worden wären, nicht ist aber dem Beklagten dadurch die Führung und der Besitz des Unternehmens als solchen übertragen worden. Muss das Bestehen eines vertraglichen Auftragsverhältnisses mit dem vom Berufungsgericht angenommenen Inhalt schon aus diesen Gründen verneint werden, so kann es dahingestellt bleiben, ob eine solche Vereinbarung wegen Verstosses gegen die guten Sitten nichtig ist, weil die Beteiligten sich dadurch eines Betrugsversuches gegenüber dem Versorgungsamt oder sonstigen Behörden schuldig gemacht hätten.

5. Dieses Ergebnis müsste zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der in der Berufungsinstanz gestellten Feststellungsanträge zu 2) und 3) führen, wenn man sich an ihren Wortlaut hält, und sie so versteht, dass die Feststellung eines vertraglichen Auftragsverhältnisses begehrt wird. So aufgefasst würden diese Anträge nicht zu dem von der Klägerin damit verfolgten Zweck führen, durch eine Gerichtsentscheidung eine Klärung der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbezie-

hungen herbeizuführen. Die Parteien wären genötigt, einen neuen Rechtsstreit anzustrengen mit Anträgen, die der Sachlage besser gerecht werden. Es ist aber zulässig, dass das Gericht unklare und mehrdeutige Klaganträge wie andere Prozesshandlungen auslegt, wenn auch der Auslegung enge Grenzen gesetzt sind. Auch das Revisionsgericht ist nicht gehindert, die Auslegungsfähigkeit und -möglichkeit der Sachanträge zu berücksichtigen, da es nur im Rahmen der Anträge entscheiden kann, ohne dass es insoweit einer besonderen Verfahrensrüge bedarf. Nach Lage der Sache kommt es aber der Klägerin nicht so sehr darauf an, festgestellt zu haben, dass der Beklagte als Beauftragter auf Grund eines vertraglich begründeten Verhältnisses zur Leitung und zum Besitz des Lichtspieltheaters berechtigt ist, als dass ein Rechtsverhältnis festgestellt wird, aus dem sich ergibt, dass dem Beklagten ein Recht nicht zusteht, das Theater im eigenen Namen zu führen und zu besitzen. Dass die wenig glückliche Fassung des Feststellungsantrags dessen Auslegung fordert, ist wohl auch die Ansicht des Berufungsrichters gewesen, wenn er ausführt, es könne dahingestellt bleiben, ob der Auftragsvertrag nicht wegen Verstosses gegen die guten Sitten nichtig sei. Denn in diesem Fall wäre der Beklagte hinsichtlich des Besitzes des Kinos ungerechtfertigt bereichert, die weiteren Rechtsfolgen wären aber die gleichen wie die noch aufzuzeigenden auf Grund eines Treuhandverhältnisses. Daraus ergibt sich, dass auch das Berufungsgericht der Meinung war, dass die begehrte Feststellung auch in dem Fall hätte getroffen werden können, wenn der Auftrag nach § 138 BGB nichtig gewesen

wäre. Mit Rücksicht auf diese Unklarheit der Feststellungsanträge kann in diesem Rechtszug nicht endgültig entschieden werden, es ist vielmehr die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um den Parteien die Möglichkeit zu geben, dazu Stellung zu nehmen, ob und wie die in der Berufungsinstanz gestellten Anträge auszulegen sind und ihr Sachvorbringen und etwaige Beweisangebote den richtig aufgefassten Anträgen anzupassen.

6. Auch die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des Betrages von 3.500,-- RM, umgestellt im Verhältnis 10:1 auf 350,-- DM, kann nicht aufrechterhalten bleiben. Es handelt sich bei diesem Betrag nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien um einen Teil der Einnahmen, die vor der Währungsreform in den Jahren 1945 bis 1948 aus dem Betrieb des auf den Namen des Beklagten von seiner Ehefrau fortgeführten Lichtspieltheaters erzielt worden sind, und die die Klägerin für die Erbengemeinschaft in Anspruch nimmt. Diese Einnahmen sind, wie sich aus den Feststellungen des Berufungsrichters ergibt, von dem Beklagten, solange er persönlich in dem Betrieb tätig war, an die Klägerin abgeführt worden, die sie in Verwahrung nahm und auch darüber verfügte. Nach der Errichtung des ersten Bankkontos im Jahre 1940 sind sie wenigstens zum Teil auf das von dem Beklagten errichtete Konto eingezahlt worden, über das die Klägerin ebenfalls auf Grund einer ihr erteilten Vollmacht verfügen konnte. Erst seit 1945 hat die Ehefrau des Beklagten über die Einnahmen aus dem Kinobetrieb nicht mehr in der bisherigen Art verfügt, sondern sie auf ein neues auf den Namen des Beklagten errichtetes Konto eingezahlt, über das der Klägerin ein

Verfügungsrecht nicht eingeräumt war. Eine Verpflichtung des Beklagten zur Ablieferung der Einnahmen oder wenigstens der Reineinnahmen kann nach dem oben Ausgeführten aus einem Auftrag, der die Leitung des Kinos zum Gegenstand hat, nicht hergeleitet werden. Das schliesst aber nicht aus, dass er, der ja nur nach aussen, nicht aber im Verhältnis zu der Klägerin oder der zur Erbengemeinschaft auf Grund eines inhaltlich weniger weitgehenden Auftrags Inhaber des Unternehmens war, verpflichtet war, die im Betrieb gemachten Einnahmen an die Klägerin abzuführen. Wenn eine solche Verpflichtung auf Grund eines, wenn auch stillschweigenden Übereinkommens der Parteien bestand, so konnte sie nicht einseitig von dem Beklagten oder seiner für ihn handelnden Ehefrau aufgehoben werden. Es sind daher keine rechtlichen Bedenken vorhanden, von einer solchen Verpflichtung des Beklagten auszugehen.

Es ist unter den Umständen des vorliegenden Falls auch nichts dagegen zu erinnern, dass die Klägerin Zahlung an die Erbengemeinschaft verlangt. Die Klägerin ist ihrerseits verpflichtet, diese Einnahmen an die Erbengemeinschaft, der das Lichtspieltheater gehört, abzuführen. Der Beklagte ist selbst Miterbe. Mit Rücksicht auf die rechtliche Beziehung, in der er zur Erbengemeinschaft und zur Klägerin steht, würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn er sich dem Verlangen der Klägerin widersetzen würde, sofern er durch dieses Verlangen in seinen Rechten nicht beeinträchtigt wird. Ein ihm etwa gegen die Klägerin aus der Verwaltung des der Erbengemeinschaft zustehendes Recht auf Rechnungslegung steht diesem Anspruch nicht entgegen, da er hieraus ein Zurückbehaltungsrecht nicht herleiten kann.

Nicht gefolgt kann dem Berufungsgericht aber darin werden, wenn es annimmt, der Beklagte habe nicht die von ihm zur Aufrechnung gestellten Ansprüche auf Zahlung eines Gehalts. Es ist dem Berufungsgericht darin zuzustimmen, dass ein Gehalt nicht vereinbart ist. Es wird aber übersehen, dass dem Beklagten ein Taschengeld gewährt worden ist. Soweit ihm hierauf ein Anspruch zusteht, ist er zur Aufrechnung berechtigt. Ausserdem hätte das Berufungsgericht nach dem von ihm selbst festgestellten Sachverhalt prüfen müssen, ob ein Anspruch auf Zahlung eines Gehaltsanspruchs nicht nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung begründet ist. Wie sich aus den Ausführungen des Berufungsurteils ergibt, war es von den Beteiligten ins Auge gefasst, dass der Beklagte einmal den Betrieb erhalten sollte. Die Klägerin hat auch entsprechende testamentarische Verfügungen getroffen, durch die dem Beklagten das Grundstück zugewandt werden sollte, auf dem das Kino betrieben wurde. Wie die Klägerin bei ihrer Vernehmung vor dem Berufungsgericht ausgesagt hat, hat sie dies auch dem Beklagten gesagt. Von dieser Absicht ist die Klägerin abgekommen, sie hat nach ihren eigenen Angaben das Testament vernichtet. Wenn der Beklagte sich in der Erwartung dessen, dass ihm das Kino und eventuell auch das Haus nach dem Tode seiner Mutter zufallen solle, damit einverstanden erklärt hat, ohne Gehalt und nur gegen Taschengeld zu arbeiten, so wäre noch zu prüfen, ob nicht die Klägerin oder die Erbengemeinschaft auf seine Kosten ungerechtfertigt bereichert ist, weil der mit der Leistung nach dem Inhalt des zwischen ihm und der Klägerin

getroffenen Vereinbarung bezweckte Erfolg weggefallen ist (§ 812 Abs 1 Satz 2 BGB). So ist es anerkanntes Recht, dass ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung daraus hergeleitet werden kann, dass Dienste in Erwartung letztwilliger Zuwendungen geleistet werden, wenn die Zuwendung nicht erfolgt ist (Palandt BGB § 812 A d). Unter diesem Gesichtspunkt bedarf es noch der Prüfung, ob der vom Beklagten erhobene Aufrechnungseinwand nicht ganz oder teilweise durchgreift. Daher war das angefochtene Urteil auch insoweit aufzuheben und die Sache zur erneuten Nachprüfung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

7. Unbegründet ist nach dem Ergebnis des Verfahrens in diesem Rechtszug auch die Zurückweisung des von dem Beklagten in der Berufungsinstanz auf Grund des § 717 Abs 3 ZPO gestellten Antrags auf Zahlung des Betrages von 417,93 LM nebst 4 v.H. Zinsen. Wie unbestritten ist, hat die Klägerin diesen Betrag am 26. April 1949 von dem Beklagten im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Oberlandesgerichts vom 24. Dezember 1948 einziehen lassen. Dieses Urteil ist durch das Urteil des Senats vom 22. Januar 1951 aufgehoben worden. Damit ist dem Hauptanspruch nebst dem Zinsanspruch nach § 717 Abs 3 ZPO in Verbindung mit §§ 291, 818 Abs 4 BGB zu entsprechen, ohne dass es einer Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht insoweit bedarf.

Aus diesen Gründen war, wie geschehen, zu erkennen.
Die Verweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts beruht auf der Anwendung des § 565 Abs 1 ZPO.

Dr. Lersch Ascher Kregel v. Werner Scheffler